

## ZUR FRAGE DER GEWILLKÜRTE STALLVERTRETUNG IM KLASSISCHEN RÖMISCHEN RECHT\*

DR. GÁBOR HAMZA

Universitätsdozent

- I. Die Typen der gewillkürten Stellvertretung hinsichtlich der Rechtswirkungen
- II. Die Entstehung der *actio exercitoria* und der *actio institoria* und ihr Verhältnis zur Konstruktion der gewillkürten Stellvertretung
- III. Der rechtliche Inhalt der *praepositio* und ihre Beziehung zur Bevollmächtigung
- IV. Die Entwicklung der *procuratio* und deren Einfluss auf die gewillkürte Stellvertretung
- V. Die gesellschaftlichen sowie rechtlichen Grundlagen der Anerkennung der direkten Stellvertretung im klassischen Recht

In Rahmen der Forschungen bezüglich der gewillkürten Stellvertretung im Bereich des römischen Rechts ist das Problem der Gebundenheit der obligatio an die Person des Vertragsschliessenden als eine grundsätzliche Frage anzusehen. Es ist nämlich eindeutig, dass ausschliesslich die Auflockerung des sg. „*iuris vinculum*“ Charakters der obligatio das Erscheinen der gewillkürten Stellvertretung herbeizuführen vermag. Für die romanistischen Forschungen hinsichtlich der gewillkürten Stellvertretung kann folgendermassen die Erforschung derjenigen Tatbestände als ein Ausgangspunkt betrachtet werden, auf denen die Rechtswirkungen nicht bloss in der Person der vertragsschliessenden Parteien eintreten können.

### I.

#### Die Typen der gewillkürten Stellvertretung hinsichtlich der Rechtswirkungen

1. In der romanistischen Literatur wies Mitteis schon Anfang unseres Jahrhunderts darauf hin, dass in einem beträchtlichen Teil der Fälle im Zusammenhang mit der gewillkürten Stellvertretung die Anerkennung der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung — bezüglich der Rechtswirkungen — bei den verschiedenen Rechtswirkungen der einzelnen

Rechtsgeschäftstypen unterschiedlich sein kann.<sup>1</sup> Diese Feststellung führte dann Kreller dazu, die Institution der gewillkürten Stellvertretung von diesem Standpunkt aus zu analysieren.<sup>2</sup>

Kreller teilt die Rechtsgeschäfte bezüglich der Rechtswirkungen auf Grund von zwei Aspekten auf: a. einerseits wird es einer Analyse unterzogen, ob diese auf Grund ihrer Rechtswirkungen positiv oder im Gegenteil negativ sind; b. andererseits wird auf Grund dessen ein Unterschied festgestellt, ob die Rechtswirkungen die Befugnisse oder im Gegenteil die Verpflichtungen der Subjekte der Rechtsgeschäfte beeinflussen.<sup>3</sup> Die Rechtsgeschäfte, die auf einen Rechtserwerb gerichtet sind, können positiv oder negativ sein. In den letzteren Kreis gehören die sg. Verfügungsgeschäfte. Die Rechtsgeschäfte, die mit den Verpflichtungen im Zusammenhang stehen können eine Befreiung bzw. eine liberatio von denen bezwecken. Aus dieser Gruppierung der Rechtsgeschäfte ergibt sich, dass im Falle einer positiven Rechtswirkung die Möglichkeit eines Personenwechsels anerkannt wird. Der Rechtserwerb, als die Möglichkeit des positiven Ergebnisses der sg. aktiven Rechtswirkungen, im Bereich der formlosen Geschäfte besteht durch die Vermittlung der beim Besitzerwerb bekannten Vertretung.<sup>4</sup> Der durch den procurator erworbene Besitz führt durch das mit der dritten Person abgeschlossene Rechtsgeschäft und durch die Bevollmächtigung des Vertretenen<sup>5</sup> den Rechtserwerb des Vertretenen herbei. Der Grund dieser Möglichkeit — die mit der Konstruktion „Geschäft für den, den es angeht“ verwandt ist — ist darin zu sehen, dass für den, der mit dem procurator den Vertrag abschliesst, die Person dessen, der das Recht erwirbt, gleichgültig ist. Die in der Person des dominus negotii eintretende positive Rechtswirkung wird nicht an die Voraussetzungen der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung des modernen Rechts gebunden, ungeachtet dessen, dass bezüglich des Ergebnisses letzten Endes die Konstruktion der Stellvertretung zur Geltung kommt.

2. Im Bereich der formellen Geschäfte ist schon in der klassischen Periode anerkannt, dass jeder, folglich auch der civis romanus, berechtigt ist, dem Gläubiger ohne das Wissen des Schuldners zu leisten.<sup>6</sup> Es ist ja aber sogar auch auf dem Gebiete der formfreien Geschäfte die Leistung seitens einer solchen Person, die vom dominus negotii vollkommen frei ist, möglich, weil dies durch die acceptatio des procurator ermöglicht wird.<sup>7</sup>

Im Bereich der sg. Verfügungsgeschäfte, wo das Recht des dominus negotii negativ beeinflusst wird, ist die Vollmacht als eine Voraussetzung des Eintritts der Rechtswirkungen. Im Bereich der formlosen Rechtsgeschäfte<sup>8</sup> wird im römischen Recht die in der Person des dominus negotii eintretende Rechtswirkung anerkannt, vorausgesetzt, dass die Einwilligung des Geschäftsherrn mit der Veräusserung tatsächlich besteht, oder diese zu vermuten ist.<sup>9</sup> In den *gaianischen Res cottidianae sive aurea* wird das Verfügungsrecht des procurator bezeugt, die sonst schon an sich durch die „libera negotiorum administratio“ ermöglicht wird.<sup>10</sup> Der Käufer erwirbt Eigentum auf Grund eines derartigen Verfügungs-



geschäfts auf direkte Weise ungeachtet dessen, dass der procurator seine „Vertretereigenschaft“ nicht klarlegt. Es ist wiederum eine andere Frage, dass die übrigen Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts (z. B. die Sachmängelhaftung) in der Person des procurator, und nicht bei dem dominus negotii eintreten.<sup>11</sup> In den Bereich der Verfügungsgeschäfte gehört auch das Recht des procurator, die Leistung der Schuld seitens des Schuldners entgegenzunehmen.<sup>12</sup> Die Schuld des Schuldners wird durch die Leistung an den procurator getilgt, ungeachtet dessen, dass diese von dem „Vertreter“ nicht im Namen des dominus negotii entgegengenommen wird. Wie bei dem früher schon erörterten Tatbestand, auch hier führt die Tatsache des Bevollmächtigtseins — folglich kommt hier bloss die eine Voraussetzung der Stellvertretungskonstruktion des modernen Rechts zum Vorschein — die auf die Person des Geschäftsherrn bezogenen Rechtswirkungen herbei. Angesichts der Rechtswirkung kann das Verfügungsgeschäft mit der Konstruktion der Stellvertretung — und nicht mit dem Masstab der modernen Konstruktion der Stellvertretung gemessen<sup>13</sup> — verglichen werden.

3. Es müssen die beiden Voraussetzungen der Konstruktion der direkten Vertretung der modernen Rechtsdogmatik bei dem Rechtsgeschäftsabschluss, der durch den Vertreter erfolgt und auch die Verpflichtung des dominus negotii beinhaltet, vorhanden sein. Die Ursache dessen ist in dem Umstand zu suchen, dass das Interesse der dritten Person einerseits die Befugnis des Vertreters erfordert und andererseits die Erklärung dessen notwendig macht, dass der Vertreter anstatt des Vertretenen den Vertrag abschliesst.<sup>14</sup> Diese Voraussetzung erstreckt sich auf den Rechtserwerb des dominus negotii deswegen, weil dieser Rechtserwerb — im beträchtlichen Teil der Fälle — eine Verpflichtung mit sich bringt. Das römische Recht musste eben im Bereich dieser Rechtsgeschäfte neue Wege zum Ersatz der dogmatischen Voraussetzungen finden. Es war dieser Bereich, wo die römischen Rechtsgelehrten durch die actio exercitoria und actio institoria die Rechtswirkungen der von den Gewaltfreien abgeschlossenen Rechtsgeschäfte auf den dominus negotii erstreckten.

### *Schlussfolgerungen*

4. Auf Grund der vorher geschilderten Gruppierung der Rechtsgeschäfte wird bewiesen, dass es keineswegs richtig ist, das Prinzip des Ausschlusses der direkten Stellvertretung zu behaupten. Im Bereich der Befugnisse — der Rechtserwerb durch den procurator sowie die durch ihn erfolgende Verfügung — und im Bereich der Verpflichtungen — die durch den procurator oder sonst jemanden erfolgende Leistung der Schuld, die zur Aufhebung der obligatio führt — lassen hinsichtlich der Rechtswirkungen die Konstruktion der direkten Stellvertretung zur Geltung kommen.<sup>15</sup> Der praktischen Geltung der direkten Vertretung wird in diesem Bereich nicht einmal durch die formellen Geschäfte eine absolute Grenze gesetzt, die durch die Möglichkeit der acceptilatio seitens des procurator bezeugt wird.<sup>16</sup>

5. Der Ausschluss der Rechtswirkungen der direkten Vertretung kommt bei denjenigen Rechtsgeschäften zum Vorschein, die eine Verpflichtung des *dominus negotii* mit sich bringen. Aber auch auf diesem Gebiet ist ja wohl dem Gedanken des Interessenschutzes des „Vertretenen“, und nicht dem prinzipiellen Ausschluss Rechnung getragen. Im Gedanken des Interessenschutzes ist der Grund dafür zu suchen, dass nach der allgemeinen Auffassung das Interesse, welches von bedeutenderem Belang ist, das Interesse von geringerem Belang in den Hintergrund zu verdrängen vermag.<sup>17</sup> Es ist jedenfalls dieser Bereich dasjenige Gebiet, wo die Institution der Stellvertretung der modernen Rechtsdogmatik sich inhaltlich sowie formell entwickeln kann, weil die direkten Rechtswirkungen, die in den schon skizzenhaft erwähnten übrigen Sphären zur Geltung kommen, die Konstruktion der mit modernem Massstab gemessenen Stellvertretung gewissermassen überflüssig machen. Hinsichtlich dieses Umstandes wird des weiteren fast ausschliesslich dieser Bereich einer Analyse unterzogen.

## II.

### Die Entstehung der *actio exercitoria* und der *actio institoria* und ihr Verhältnis zur Konstruktion der gewillkürten Stellvertretung

1. Die direkte Vertretung in der Form der Rechtswirkungen kommt durch zwei Konstruktionen — durch die *sg.* Treuhand und die *sg.* Organschaft zum Vorschein. Beide Konstruktionen beruhen ihren Wesen nach auf einer engen persönlichen Beziehung zwischen dem „Vertretenen“ und dem „Vertreter“, auf deren Grund der „Vertreter“ mit Ausnahme des *tutor*, *curator* und des *fiduciarius*, die in der Lage eines „Treuhänders“ sind, vom *dominus negotii* abhängt. Vermutlich hat die Konstruktion der Vertretung ihren Ursprung in dieser Beziehung hierarchischen Charakters. Diese Vermutung wird dadurch wahrscheinlicher, dass die in den Bereich der nicht quellenmässigen *actiones adiecticiae qualitatis*<sup>18</sup> gehörigen *actio exercitoria* und *actio institoria* sich auf den gewaltfreien sowie gewaltunterworfenen *magister navis* und *institor* gleichermaßen beziehen. Diese zwei adjektivischen Klagen führen sogar bei dem gewaltabhängigen *magister* und *institor* eine Neuerung ein. Es ergibt sich nämlich die Möglichkeit der Verpflichtung des *dominus negotii*, die früher im Bereich der nicht deliktischen *obligationes* nicht bekannt war. Dieser Umstand bedeutet auch in dem Falle eine Entwicklungsphase, wenn wir in Betracht ziehen, dass in der Person des „Vertretenen“ die Rechtswirkungen (in Form der Verpflichtung)<sup>19</sup> Gesetzeskraft eintreten. Der Dritte ist in der Lage, auch unmittelbar gegen den *magister* oder den *institor* vorzugehen — falls dies angesichts des Status seiner Partner überhaupt möglich ist —, er wird ja wohl aus ökonomischen Gründen den *exercitor* bzw. den *dominus negotii* klagen.<sup>20</sup>

2. Die gewillkürte Stellvertretung soll hinsichtlich der Klagemöglichkeit des Dritten bezüglich des *magister* bzw. des *institor* theoretisch



von der *actio exercitoria* und *actio institoria* unterschieden werden.<sup>21</sup> Die Unterscheidung macht aber die Analyse dieser Klagen von einem bestimmten Standpunkt aus nicht überflüssig. Die Untersuchung der *actio exercitoria* und *actio institoria* kann nämlich zur Beantwortung von mehreren, für die Vertretung wichtigen Fragen wertvolle Informationen beibringen. Der *praepositio* kommt in diesem Bereich eine besonders grosse Rolle zu. Die Analyse der *praepositio*, die den Grund den *exercitor* oder *dominus negotii* verpflichtenden Vertragsabschlusses bildet kann einerseits eine Erklärung für den Ursprung der Bevollmächtigung geben, andererseits kann ja auch bezüglich des Charakters des Innenverhältnisses — ob dies hierarchischen Charakter hat oder nicht — Information beinhalten. Die Untersuchung dieser oben erwähnten Probleme setzt einen kurzen Überblick des Verhältnisses dieser zwei Klagen voraus.

3. Auf Grund der Forschungen bezüglich der Entstehungsperiode der adjektizischen Klagen ist ersichtlich, dass angesichts dieser Frage die *actio exercitoria* und *actio institoria* eine zentrale Rolle einnehmen und den anderen gleichfalls in diesen Kreis gehörigen Klagen keine Rolle zukommt. Dies lässt sich keinesfalls auf den Subjektivismus der Forscher zurückführen, sondern erklärt sich damit, dass den Grund des Zustandekommens der adjektizischen Klagen eine eigenartige Betätigungssphäre, die Wirtschaftssphäre bildet. Die besonders seit dem Zweiten Punischen Krieg immer mehr lebhaft werdenden Wirtschafts- und Handelsbeziehungen machen es notwendig, der Wirtschaftsbetätigung an erster Stelle des *exercitor navis* und an zweiter Stelle des *exercitor tabernae* einen grösseren rechtlichen Spielraum zu geben.<sup>22</sup> Die Entstehung der Autonomie des *magister navis* ist aller Wahrscheinlichkeit nach die erste Stufe der Erweiterung der rechtlichen Möglichkeit der Wirtschaftstätigkeit derjenigen Personen, die sich nicht selber am Vertragsschluss beteiligen.<sup>23</sup>

Den lebhaft werdenden Wirtschafts- und Handelsbeziehungen kommt unseres Erachtens auch bezüglich des kronologischen Verhältnisses der *actio exercitoria* und *actio institoria* eine massgebende Rolle zu.<sup>24</sup> Es ist bloss einem reinem Zufall zuzuschreiben, dass die Erwähnung der *actio institoria* in den Quellen früher ist, als die Erwähnung der *actio exercitoria*.<sup>25</sup> Aber auch sonst das reiche auf diese zwei Klagen bezogene Quellenmaterial weist darauf hin, dass diese *actiones* viel früher<sup>26</sup>, also nicht in der zweiten Hälfte des ersten Jahrhunderts v. u. Z. entstanden.<sup>27</sup>

4. Der *exercitor* bediente sich deswegen eines *magister*, der zu ihm in einem Abhängigkeitsverhältnis stand — obwohl er freier Bürger war — weil wegen der riesengrossen Ferne seine Kontrollmöglichkeit viel beschränkter war, als die des *dominus* (*exercitor tabernae*), der regelmässig dem *locus praepositionis* viel näher war. Auf die freie Rechtsstellung des *magister navis* lässt sich zurückführen, dass es ihm zusteht, auch einen Stellvertreter stellen zu können.<sup>28</sup> Über diese Befugnis verfügt der regelmässig gewaltabhängige *institor* nicht.<sup>29</sup> Aus der regelmässigen freien Rechtsstellung des *magister* ergibt sich unseres Erachtens

weiterhin der Umstand, der sonst in der Literatur bisher in dieser Beziehung noch nicht gewertet wurde, dass bei der *actio exercitoria* die unmittelbare Möglichkeit des Rechtserwerbes des *exercitor* nur ganz ausnahmsweise besteht.<sup>30</sup> Bei der *actio institoria* hingegen erscheint der Rechtserwerb des Unternehmers schon bei weitem nicht nur im Ausnahmefall.<sup>31</sup> Dieser Umstand lässt sich unserer Ansicht nach darauf zurückführen, dass der *institor* im Vergleich mit dem *magister* viel öfters ein Gewaltabhängiger ist, der seinem Herrn bzw. *paterfamilias* automatisch Rechte erwirbt. Daraus ergibt sich, dass im Bereich der *actio institoria* die rechtlichen Spezifika der Gewaltunterworfenheit vielmehr in Betracht kommen, als bei der *actio exercitoria*, die sich grundsätzlich auf die Anstellung eines gewaltfreien *magister* stützt. Diese Tatsache schließt aber nicht aus, dass beide Klagen – und so auch die *actio exercitoria* – dem Beispiel des Präponierens eines Gewaltabhängigen folgen.<sup>32</sup> Als ein Beweis dafür ist auch das zu betrachten, dass auch der gewaltfreie *magister* in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis zum *exercitor* stand. Ein entscheidendes rechtliches Argument dafür ist, dass der *praetor* nur die Sicherung der „*transmissio*“ der Verpflichtungen in Betracht zog. Dies lässt sich auf den automatischen Rechtserwerb seitens des *paterfamilias* bzw. des *dominus* durch die von den Gewaltabhängigen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte zurückführen.

5. Im Bereich der Anerkennung der rechtlichen Möglichkeit der Verpflichtung durch die Gewaltfreien kommt die entscheidende Rolle der *actio exercitoria* zu. Die Bedeutung dieser Klage wird auf dem Gebiete der widerspruchsvollen Widerspiegelung der Wirtschafts- und Handelsinteressen auch dadurch nicht vermindert, dass – wie dies ersichtlich sein wird – in der auch theoretisch konsequenten Entwicklung der direkten Stellvertretung die *actio institoria*, die ihren Handelscharakter immer mehr einbüsst, eine entscheidende Rolle einnimmt. Auf Grund der inkonsequenten, mangelhaften rechtlichen Regelung kann die Folgerung gezogen werden, dass zum Zustandekommen der Konstruktion der direkten Vertretung im Bereich der eine Verpflichtung bezweckenden Rechtsgeschäfte allein die Entwicklung des Wirtschaftslebens, das auch die gesellschaftliche Struktur beeinflusst, nicht genügend ist. Zur Entstehung der rechtsgeschäftlichen Vertretung des modernen Rechts sind auch die weiteren Ergebnisse der Rechtsentwicklung unbedingt notwendig. Bevor wir aber die Entstehung der gewillkürten Stellvertretung weiter analysieren würden, sollen zunächst die rechtlichen Merkmale der *praepositio* bei der *actio exercitoria* und *actio institoria* einer Untersuchung unterzogen werden, weil diese Konstruktion komplexer Natur bezüglich der Analyse der entscheidenden Fragen der Vertretung eine wichtige Rolle einnimmt.



## III.

**Der rechtliche Inhalt der praepositio und ihre Beziehung zur Bevollmächtigung**

1. Die praepositio hat im Bereich der actio exercitoria und actio institoria eine zentrale Bedeutung, weil die Haftung des exercitor bzw. des dominus negotii sich nur auf diejenigen Verpflichtungen erstreckt, die den Rahmen der Befugnisse des magister bzw. des institor nicht überschreiten.<sup>33</sup> Bedauerlicherweise ist aber eine präzise Definition der praepositio in den Quellen nicht zu finden.

Einige Quellen verweisen darauf, dass der Dritte gegen den exercitor nur auf Grund derjenigen Fälle vorgehen kann, in denen die praepositio des magister<sup>34</sup> oder des institor<sup>35</sup> ausdrücklich vorliegt. Die praepositio, als formloser Akt<sup>36</sup> zielt nicht auf die Person des praepositus, sondern auf die dritten Personen hin.<sup>37</sup> In dieser Hinsicht kann die praepositio mit dem iussum verglichen werden, das auch nicht als ein Innenverhältnis zu betrachten ist.<sup>38</sup> Auf diese Weise erinnert die praepositio an die Bevollmächtigung bzw. Vollmacht, die auch auf dritte Personen abgestellt ist.<sup>39</sup> Es ist kein Zufall, dass im vorigen Jahrhundert Hellmann eben auf Grund der praepositio und des mit ihr verwandten iussum — oder wie er schreibt iussum — den Begriff des sg. Bevollmächtigungsvertrags (Lab-and) kritisiert.<sup>40</sup>

Man kann einen Hinweis auf die enge Beziehungen der praepositio mit dem iussum auch in den Quellen finden („quasi iussu eius contrahitur, a quo praepositus est“).<sup>41</sup> Diese zwei Begriffe unterschieden sich trotz ihrer ähnlichen strukturellen Gleichheit voneinander. Die praepositio bezieht sich auf einen Gegenstand — in Form einer gewissen Anstellung im Bereich eines wirtschaftlichen Betätigungsfeldes — und ist deswegen nur an zweiter Stelle personbezogen. Das iussum hingegen ist mit einer persönlichen Beziehung mit einer dritten Person gleichbedeutend — in Form einer Bevollmächtigung zum Vertragsabschluss. Daraus ergibt sich der weitere Unterschied, dass während das iussum eine Erklärung ist, die praepositio im allgemeinen ein sg. factum concludens bildet.<sup>42</sup>

Auf den abstrakten Charakter der praepositio lässt sich derjenige Umstand zurückführen, dass einige Autoren diese mit der Vollmacht des modernen Rechts zu identifizieren versuchen.<sup>43</sup> Obwohl die moderne Literatur die praepositio immer mehr mit dem Grund der Passivlegitimation des Unternehmers gleichbedeutend betrachtet,<sup>44</sup> erscheint der Vergleich mit der Konstruktion der Bevollmächtigung zweckmässig.

2. Auf Grund von zwei Stellen, die in den Bereich der actio exercitoria gehören, kann gefolgert werden, dass die praepositio nicht mit der Vollmacht gleichbedeutend ist. In D. 14. 1. 1. 9. (Ulp.) — wo Ulpian Ofilius zitiert — stellt sich die Frage, ob bezüglich des Darlehens, das der magister ad reficiendam navem empfängt und unterschlägt, der Gläubiger in der Lage sei, mit actio exercitoria gegen den exercitor vorzugehen. Der Rechtsgelehrte — oder die Rechtsgelehrten (Ofilius, Pedius

und Ulpianus) machen die Klagemöglichkeit von der Erklärung des magister bei dem Darlehensempfang bezüglich dessen Zwecks (sc. ob dies ad reficiendam navem erfolgt) abhängig. Der Gläubiger kann nur im Falle einer derartigen Erklärung gegen den exercitor einen Prozess führen.<sup>45</sup> Dieser Umstand — den das Interpoliertsein des Textes überhaupt nicht beeinflusst — weist darauf hin, dass der Dritte auch auf das Interesse des exercitor Rücksicht nehmen soll. Eine andere Stelle, die zeitlich jünger ist und das responsum von Julian beinhaltet (D. 14. 1. 7. pr. (Africanus) erweitert in bedeutendem Maße die Pflicht des Dritten, das Interesse des exercitor zu berücksichtigen.<sup>46</sup> Der Gläubiger darf sich nämlich nicht mit der Erklärung des magister bezüglich der refectio navis begnügen, sondern ist verpflichtet, sich von der Notwendigkeit der Reparatur zu überzeugen. Die Summe des Darlehens soll weiterhin mit den Reparaturausgaben verhältnismäßig sein. Im Falle eines überproportionalen Darlehens ist der Gläubiger nicht berechtigt, den exercitor in solidum zu klagen.

Beide Quellen — wenn auch in unterschiedlichem Maße — lassen sich darauf schließen, dass die praepositio mit dem Innenverhältnis (zwischen dem exercitor und dem magister) verschmolzen ist. Der Dritte muss ja wohl eben hinsichtlich dieses Verhältnisses auch auf das Interesse des exercitor Rücksicht nehmen und dies auch aus seinen eigenen Mitteln gewissermassen fördern. Angesichts dieses Umstandes kann die praepositio nicht als ein der Konstruktion der Vollmacht des modernen Rechts entsprechende Konstruktion betrachtet werden.

3. Die Informationspflicht des Dritten weist auf die Aufschliessung des Willens des exercitor hin. Der Wille des exercitor kommt nämlich in der praepositio zum Ausdruck und folglich ist die gründliche Erschliessung der proscriptio bzw. der denuntiatio mit der Auslegung des Willens gleichbedeutend. Die Pflicht zur Aufschliessung des Willens des exercitor — die für den Vertragspartner eine gewisse Last bedeutet — wird dadurch motiviert, dass in der praepositio zum Ausdruck kommende Wille des Unternehmers keineswegs als ein konkreter Vertragswille zu interpretieren ist.<sup>47</sup> Auf diesen zu allgemeinen, abstrakten Charakter des Willens des exercitor lässt sich zurückführen, dass in diesem Bereich dem Gedanken Vertretung im Willen keine Rolle zukommt. Als Subjekt des konkreten Geschäftswillens ist vielmehr der praepositus zu betrachten, weil er praktisch den Vertrag mit dem Dritten abschliesst.<sup>48</sup> Unseres Erachtens weist eine, von Paulus stammende Quelle (D. 14. 5. 8.) mutatis mutandis auch auf die Verdrängung des Gedankens der Vertretung im Willen hin.<sup>49</sup> Es handelt sich in dieser Quelle um einen entflohenen Sklaven, der als institor sich auch mit Getreidehandel befasste, ohne aber auf Grund einer praepositio dazu befugt gewesen zu sein. Der praefectus annonae gibt das Klagerecht dem Dritten, der bei diesem Vertragsschluss einen Schaden erlitt, unmittelbar gegen den Eigentümer des Sklaven in Form der actio institoria. Diese Entscheidung wird auch durch den Kaiser bekräftigt. Diese Entscheidung ist mit einer erheblichen Erweiterung der Haftung bzw. der Verpflichtung des dominus negotii



gleichbedeutend. Weil aller Wahrscheinlichkeit nach auch im Falle eines freien institor die gleiche Entscheidung gewesen wäre, kann die Folgerung gezogen werden, dass der Unternehmerswille, der in der praepositio zum Vorschein kommt, ausser acht bleibt. Keinesfalls könnten wir auf Grund dieses Tatbestandes so konzipieren, dass der institor — der ja unserer Vermutung nach auch eine freie Person sein könnte — den dominus negotii in seinem Geschäftswillen vertreten würde. In diesem Falle könnte nämlich keineswegs — nicht einmal mit einer kaiserlichen Entscheidung — die Verpflichtung des Unternehmers festgestellt werden. Sehr wichtige Bedeutung hat dermassen derjenige Umstand, dass der Wille des Unternehmers sich nicht auf den Abschluss eines konkreten Rechtsgeschäfts bezieht. Daraus erklärt sich unserer Meinung nach der objektive Charakter der praepositio, auf dessen Grund der Schein, also ein objektiver Umstand zur Feststellung der Verpflichtung des Unternehmers führt.

4. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass im Bereich der sog. handelsrechtlichen adjektivischen Klagen<sup>50</sup> bei der praepositio nicht die Konstruktion der rechtsgeschäftlichen Vertretung massgebend ist. Der wichtigste Grund dafür besteht darin, dass der konkrete Geschäftswille des Unternehmers, der die Möglichkeit der Vertretung im Willen schaffen könnte, wegen des zu allgemeinen, abstrakten Charakters der praepositio — deren sozialen Grund das letzten Endes hierarchische Verhältnis zwischen dem Unternehmer und dem praepositus bildet — nicht zur Bedeutung kommt. Daraus ergibt sich schon automatisch der adjektivische Charakter der Klage. Nur durch das Konkretwerden des in der praepositio erscheinende Wille — dessen erste Stufe das Praeponieren eines procurator bedeutet — wird die Vertretung im Geschäftswillen ermöglicht und so der Grund der Konstruktion der gewillkürten Stellvertretung geschaffen. Des weiteren wird deswegen die Rechtsstellung, die soziale Lage des procurator einer Analyse unterzogen.

#### IV.

#### Die Entwicklung der procuratio und ihre Einfluss auf die gewillkürte Stellvertretung

1. Die herrschende Meinung in der Literatur nimmt zwei Typen der procuratio für die Epoche der Republik an. Diese Typen sind aber keineswegs bezüglich ihrer Entwicklungsfähigkeit gleichrangig. Der procurator, der ein grosses gesellschaftliches Ansehen genießt, und die Geschäfte des dominus auf Grund der amicitia abwickelt steht angesichts seiner Entwicklungsfähigkeit weit hinter dem procurator omnium rerum<sup>51</sup>, der dem dominus untergeordnet ist.<sup>52</sup> Dies lässt sich darauf zurückführen, dass der gesellschaftlich also sozial hoch stehende procurator einen Ausnahmefall bildet, weil sich sein Verfahren bloss auf einen bestimmten — geographisch betrachtet — Bereich der Rechtsgeschäfte beschränkt. Dieser procurator ersetzt seinen dominus negotii, falls der

letztere sich ausserhalb Italiens aufhält und seine Geschäfte eine dringende Abwicklung erfordern. Danach richtet sich auch der Kreis der Befugnisse. Dieser procurator ist nämlich nicht ermächtigt, diejenigen Geschäfte abzuwickeln, die in den Rahmen der ordentlichen Bewirtschaftung gehören.<sup>53</sup> Deswegen kann der in diesen Typ gehörige procurator nicht als ein „Generalagent“ betrachtet werden.<sup>54</sup> Es ist weiterhin wahrscheinlich, dass diese zwei voneinander unterschiedlichen Typen der procuratio bloss auf die Fallkreise der Entstehung der procuratio verweisen und nicht mit einer unabhängigen rechtlichen Regelung versehene Typen bilden.<sup>55</sup> Daraus ergibt sich, dass die procuratio ungeachtet dieser zwei Typen eine einheitliche Institution ist, die doch auf entscheidende Weise, vorwiegend den libertinus-procurator im Auge behält.

2. Den Grund der Ermächtigung des libertinus-procurator, der von seinem dominus sozial abhängt<sup>56</sup> (procurator omnium bonorum oder rerum) bildet ursprünglich das iussum des patronus.<sup>57</sup> Dieses iussum ist in diesem Falle nicht auf Drittpersonen, die mit dem procurator einen Vertrag abschliessen, sondern unmittelbar auf den libertinus bezogen. Diese Ermächtigung, die in Form eines iussum realisiert wird, ist beim procurator omnium bonorum als eine generelle Bevollmächtigung anzusehen. Der procurator, weil das iussum des dominus dem Dritten gegenüber unbekannt bleibt, wird in seiner eigenen Person berechtigt bzw. verpflichtet.<sup>58</sup> Wir sind der Meinung, dass wegen des iussum von einer „kausalen Treuhand“ (Behrends)<sup>59</sup> nicht die Rede sein kann. Der procurator ist vielmehr als ein Organ des patronus anzusehen.<sup>60</sup> Folglich spielt in diesem Bereich der Organgedanke eine Rolle. Das Innenverhältnis hat keine vertragliche Grundlage und gründet sich vielmehr auf einer hierarchischen Beziehung.<sup>61</sup>

Die erste Stufe der vertraglichen Grundlage des Verhältnisses zwischen dem procurator und dem dominus wird durch die negotiorum gestio geschaffen<sup>62 63</sup>. Im Laufe des zweiten Jahrhunderts u. z. erscheint neben der negotiorum gestio — infolge der Veränderung der sozialen Lage des procurator — das Mandat.<sup>64</sup> Aller Wahrscheinlichkeit nach kommt die negotiorum gestio neben dem Mandat zum Vorschein und so sind beide Institutionen parallel in Geltung.<sup>65</sup> Wir sind der Meinung, dass die procuratio, die auf einem Mandat gründet, nicht dem Beispiel des procurator, der dem dominus sozial gleichsteht, folgt.<sup>66</sup> Zur ausschliesslichen Geltung des Mandatsverhältnisses sollen diejenigen Elemente geführt haben, die in der sozialen sowie wirtschaftliche Lage des libertinus-procurator eine Veränderung verursachten.<sup>67</sup>

3. Am Anfang der Kaiserzeit nimmt das soziale und wirtschaftliche Gewicht der procuratores in bedeutendem Maße zu. Die Ursache dafür ist in erster Linie darin zu suchen, dass die Herrscher der Julius-Claudius-Dynastie sich im Bereich der Verwaltung ihres Privatvermögens auf die libertini-procuratores stützen.<sup>68</sup> Eine besonders grosse Rolle kommt diesen procuratores in den Provinzen zu.<sup>69</sup> Ursprünglich — bis zum Ende der Herrscherzeit von Tiberius — weicht die rechtliche Lage der procura-



tores, die im Dienste des imperator stehen, nicht von der derjenigen procuratores, die vom Kaiser unabhängig sind.<sup>70</sup> Die Zunahme des Gewichts der libertini-procuratores ist unseres Erachtens nicht vom Wachsen der sozialen Rolle der libertini im allgemeinen zu trennen.<sup>71</sup> Daraus ergibt sich, dass die auf die libertini bezogenen Beschränkungen<sup>72</sup> auch die procuratores belasteten.<sup>73</sup> Die allgemeine Zunahme der wirtschaftlichen Rolle der procuratores, die sich im Bereich des kaiserlichen Vermögens betätigen, führt notwendigerweise zur Abnahme der Befugnisse der einzelnen procuratores, weil durch die entwickelte Arbeitsteilung die Konstruktion der procuratio omnium bonorum einfach überflüssig wird.<sup>74</sup> Die Grundlage der procuratio omnium bonorum andererseits durch die Aufhebung – im Bereich der Vermögensverwalter der Privatpersonen – des patronus-libertinus-Verhältnisses in den Hintergrund gedrängt. Im Falle der Abwicklung der Geschäfte durch einen in seiner Person unabhängigen procurator wird der fiduziarische Character des Verhältnisses aufgehoben. Infolgedessen stellt sich der Anspruch der Ermächtigung, der zum Abschluss von Verträgen von Fall zu Fall gegeben wird.

4. Auf ein Mandat, das sich auf den Abschluss von konkreten Rechtsgeschäften bezieht, verweist die Definition von Ulpian: „procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat“.<sup>75</sup> Für das Nicht-Interpoliertsein des Textes spricht der Umstand, dass der titulus, der auch diese Stelle beinhaltet, sich auf den defensor bezieht. Die procuratio durch das Mandat des dominus beinhaltet folgendermassen nicht alle Typen der procuratio.<sup>76</sup> Angesichts der Natur des Mandats stellt sich die Frage, ob dies allgemeinen Charakter hat, oder sich bloss auf den Abschluss eines einzigen Vertrags bezieht. Auf Grund der Wendung „mea negotia geras“<sup>77</sup> in den gajanischen Institutionen kann behauptet werden, dass das Mandat schon von vornherein allgemeinen Charakter hatte.<sup>78</sup> Folglich steht dem nichts im Wege, dass den Grund der Befugnisse des procurator omnium rerum ein allgemeines Mandat bildete. Das Mandat dieses Typs ermächtigt aber den procurator bloss zur Vornahme derjenigen Geschäfte, die unbedingt nötig sind.<sup>79</sup> Das Veräusserungsrecht steht zum Beispiel „sine speciali mandatu“ dem procurator nicht zu, mit einziger Ausnahme der „res, quae facile corrumpi possunt“.<sup>80</sup> Dies ist der Fall auch im griechischsprachigen D. 17. 1. 60. 4. (Cervidius Scaevola)<sup>81</sup>. Der praktisch procurator omnium bonorum gewordene Neffe<sup>82</sup> soll speziell dazu ermächtigt werden, die von ihm verwaltende Sache veräussern, verpfänden oder sonst darüber verfügen zu können. Auf Grund dieser zwei Quellen ist ersichtlich, dass der procurator omnium bonorum neben dem allgemeinen Mandat auch über ein Spezialmandat verfügen soll, um diejenigen Verträge abzuschliessen, die sonst den Bereich der „ordentlichen“ Bewirtschaftung überschreiten.

5. Hinsichtlich des Mandats stellt sich aber auch ein anderes Problem. Es ist nämlich fraglich, ob das Mandat – im Bereich der Stellen D. 3. 3. 1. pr. (Modestinus) und D. 17. 1. 60. 4. (Scaevola) – sich einfach auf die Ermächtigung bezieht, oder auch auf ein Mandat im technischen Sinne, also auf eine Geschäftsvornahmepflicht bezogen ist. Im Modes-

tin-Fragment die Wendung „cui res administrandae mandatae sunt“ bezieht sich auch auf eine einseitige Ermächtigung.<sup>83</sup> Dasselbe bezieht sich auch auf das Scaevola-Fragment, wo die lateinische Wendung „com-misit rerum suarum administrationem“<sup>84</sup> und die Worte „mandasse“<sup>85</sup> und „ἐπιτρέπω“<sup>86</sup> auch die einseitige Ermächtigung beinhalten. Das auch auf die Ermächtigung bezogene Mandat steht begrifflich der praepositio sehr nahe. Aus der abstrakten Natur der praepositio ergibt sich, dass diese zur Basis der Vornahme von mehreren Verträgen dienen kann. Diese praepositio ist geeignet dafür, das Innenverhältnis, das in Form eines Mandats realisiert wird, unter den voneinander unabhängigen Partnern, auszudrücken. Andererseits ist aber die praepositio auch dazu geeignet, das hierarchische Innenverhältnis gegenüber Drittpersonen – nach der „Aussenwelt“ – zu dokumentieren. Darauf lässt sich unseres Erachtens zurückführen, dass der procurator omnium rerum, der auf Grund des iussum des dominus Verträge abwickelt, auch als ein Mandatar angesehen werden kann.<sup>87</sup>

Durch das allgemeine Mandat, das die Elemente der praepositio beinhaltet, wird unserer Meinung nach ermöglicht, dass mit der actio institoria im Bereich der vom gewaltfreien procurator mit Dritten abgeschlossenen Verträge der dominus negotii beklagt werden kann. Bevor wir aber diese neue Form der actio institoria – die actio ad exemplum institoriae – einer Untersuchung unterziehen, sollen wir die soziale Lage des institor – zwecks der Vergleichung mit dem procurator – analysieren.

## V.

### Die gesellschaftlichen sowie rechtlichen Grundlagen der Anerkennung der direkten Stellvertretung im klassischen Recht

#### A.

##### *Die Annäherung zwischen dem institor und procurator*

1. In den Quellen gibt es relativ wenig Hinweise auf die rechtliche Lage des gewaltfreien institor.<sup>88</sup> Dies trifft besonders auf die nicht juristischen Quellen zu. Livius wendet zur Bezeichnung der Lage des institor die Wendung „servile ministerium“ an.<sup>89</sup> In den Inschriften begegnet man oft den Hinweisen bezüglich der niedrigen sozialen Lage des institor.<sup>90</sup> Zweifellos ist aber, dass sogar in diesen Quellen nicht ausschliesslich servi-institores vorkommen.<sup>91</sup> Auf Grund der nicht juristischen Literatur und der Inschriften – in besonderem Masse angesichts der zwei Livius-Stellen – ist die Ansicht, die von der Sklaveneigenschaft des institor ausgeht (Fabricius), unbegründet.<sup>92</sup>

Die juristischen Quellen beinhalten einen direkten Hinweis darauf, dass die Anstellung eines fremden Sklaven bzw. eines befreiten Sklaven als institor möglich sei.<sup>93</sup> Daneben verweisen die Quellen ausdrücklich auf das Präponieren einer freien Person als institor.<sup>94</sup> Unserer Ansicht



nach hat es keine Bedeutung, dass die Anstellung eines fremden Sklaven als institor zum ersten Mal in einem Fragment von Iulian erwähnt wird.<sup>95</sup> Daraus ergibt sich noch nicht, dass vor Iulian die Möglichkeit des Präponierens eines fremden Sklaven als institor unbekannt gewesen wäre. Es kann angenommen werden, dass der institor bereits in der Zeit des Zustandekommens der actio institoria auch ein gewaltfreier, wenn auch über geringes soziales Ansehen verfügender Bürger sein konnte.<sup>96</sup>

2. Eine weitere Frage ist der Vergleich der sozialen Lage des institor und des procurator, weil durch die gleiche soziale Stellung der beiden Kategorien die Grundlage für die Ausdehnung der actio institoria auf den procurator geschaffen werden kann. Nach Rabel wird die Lage des gewaltfreien institor und des procurator gleichermassen durch das Abhängigkeitsverhältnis charakterisiert.<sup>97</sup> Bei dem institor wird der Grund der untergeordneten Position durch die „Angestellteneigenschaft“<sup>98</sup> und bei dem procurator durch das fiduziarische Verhältnis gebildet. Der Vergleich der beiden Kategorien auf dieser Grundlage ist zweifelsohne richtig. Rabel unterscheidet aber zwischen den zwei Formen, Typen der procuratio nicht und deswegen scheint seine Ansicht etwas oberflächlich zu sein. Unserer Ansicht nach kann bloss die eine Form der procuratio, die auf dem Mandat im Innenverhältnis beruht, mit dem Präponieren des gewaltfreien institor verglichen werden. Der Mandatsprocurator — dem im Bereich der Vermögensverwaltung nur beschränkte Befugnisse zustehen — verliert dermassen an Ansehen, dass er nicht einmal mit einem gleichermassen wenig Ansehen geniessenden institor verglichen werden kann.<sup>99</sup>

Wir sind der Meinung, dass von Rabel die soziale Stellung des procurator — für das 2. Jahrhundert u. Z. — zu gross eingeschätzt wird. Er misst weiterhin dem Umstand keine Bedeutung zu, dass die Quellen — wir denken an die sedes materiae der actio quasi institoria bzw. der actio ad exemplum institoriae — nicht die procuratores Augusti, die sich eines grossen sozialen Prestige erfreuen, beachten.<sup>100</sup> Er hat aber Recht, als er behauptet, dass der vermeintliche Unterschied zwischen dem procurator und dem institor bezüglich der sozialen Stellung keineswegs so gross ist, dass dadurch die Ausdehnung der actio institoria auf die vom procurator abgeschlossenen Verträge unmöglich wäre.<sup>101</sup> Diese Ausdehnung der actio institoria auf den procurator-praepositus in Form der actio ad exemplum institoriae wird durch die gleiche gesellschaftliche Lage der beiden Kategorien geschaffen.<sup>102</sup>

## B.

### *Die actio ad exemplum institoriae*

1. Auf Grund der herrschenden Meinung in der romanistischen Literatur ist die Schaffung der actio ad exemplum institoriae<sup>103</sup> das Verdienst von Papinian.<sup>104</sup> Die Quellen, in denen diese Klage erwähnt sind, stammen direkt<sup>105</sup> oder indirekt<sup>106</sup> von Papinian.<sup>107</sup> Es ist wahrscheinlich,

dass der Rechtsgelehrte auf das freiere Verfahren der *cognitio extra ordinem* baute, als er diese Klage erschaffte.<sup>108</sup>

2. Bezüglich der *actio ad exemplum institoriae* soll die Frage einer Analyse unterzogen werden, was die Neuerung Papinians – die Ausdehnung der *actio institoria* – genau bedeutete. Diesbezüglich gibt es in der Literatur grundsätzlich zwei Ansichten. Die an Rabel anknüpfende Theorie kann als eine objektive Ansicht betrachtet werden, weil diese sich auf die *praepositio* gründet.<sup>109</sup> Die Theorie von Kreller ist schon ihrem Charakter nach subjektiv, weil jene sich auf das Innenverhältnis, auf das Mandat stützt.<sup>110</sup>

Die *praepositio* ist unseres Erachtens – sollte sich sie entweder auf den *institor*, oder auf den *procurator* beziehen – ihrem Charakter gemäß abstrakt, weil sie auf den Abschluss von mehreren Rechtsgeschäften bezogen ist. Das Mandat, das sich demgegenüber auf den Abschluss von einem einzigen Vertrag bezieht, ist konkret. Der Unterschied unter diesen zwei Kategorien scheint auf den ersten Blick unüberbrückbar zu sein. Allein die Konstruktion der Mandatsprocuratio kann zur Auflösung dieses Widerspruches führen. Dieser zeitlich letztere Typ der *procuratio* macht in bedeutendem Maße die *praepositio* überflüssig. Bei dem *procurator*, der auf Grund eines Mandats seinen Auftraggeber „vertritt“ ist die *praepositio* im technischen Sinne nicht notwendig. Die Befugnisse dieses Mandatsprocurator sind schon wegen des nicht hierarchischen Sinne nicht notwendig. Die Befugnisse dieses Mandatsprocurator sind schon wegen des nicht hierarchischen Charakters des Verhältnisses zwischen ihm und dem Auftraggeber beschränkt und deren Erweiterung durch die Möglichkeit des Abschlusses von mehreren Geschäften wäre unerwünscht. Es muss aber betont werden, dass dies alles sich bloss auf die *praepositio* im technischen Sinne bezieht. Ein Ersatzmittel – wegen des Interessenschutzes der Drittpersonen<sup>111</sup> –, dass die *praepositio* im technischen Sinne ersetzt, ist auch in diesem Falle unentbehrlich. Dieses Rechtsmittel, das in seiner Funktion an die *praepositio* erinnert, kommt in zwei Formen zum Vorschein. Einerseits kann – wie schon oben darauf hingewiesen wurde – das Mandat die Elemente der *praepositio* beinhalten in dem Sinne, dass dieses in Form eines *iussum* auf Drittpersonen bezogen ist.<sup>112</sup> Andererseits gibt es Möglichkeit dafür – auch im Falle einer *praepositio* im technischen Sinne –, dass durch die schriftliche Abfassung des Mandats<sup>113</sup> der mit dem *procurator* einen Vertrag abschliessende Dritte von der Legitimation Bescheid weiss.

Durch die angedeuteten Mittel ist dem Interessenschutz der Drittpersonen in genügendem Masse Rechnung getragen, weil sein Wissen, wer eigentlich hinter dem Vertrag steht, auch durch eine „*praepositio*“ im nicht technischen Sinne ermöglicht wird. Daraus ergibt sich, dass im Bereich der *actio institoria*, wobei die *praepositio* einen technischen Sinne hat, und der *actio (utilis) ad exemplum institoriae*, wo bloss die Ersatzmittel dem Interessenschutz Rechnung tragen, der Unterschied ausschliesslich bezüglich des Charakters der *praepositio* zum Vorschein kommt.<sup>114</sup> Es ist wahrscheinlich, dass die Klage, die durch vom



im technischen Sinne praeponierten procurator abgeschlossenen Vertrag zu erheben ist, einfach eine actio institoria utilis.<sup>115</sup> Nur im Falle der praepositio im nicht technischen Sinne, die dem Gedanken des Interessenschutzes durch andere Ersatzmittel Rechnung trägt, ist es berechtigt, die Klage als actio ad exemplum institoriae zu nennen.<sup>116</sup> Wir sind der Meinung, dass auch in der intentio der formula der letzteren Klage — wie auch bei der actio institoria utilis — der Hinweis auf den procurator praepositus zum Vorschein kommt.<sup>117</sup> Diese praepositio aber bei der actio ad exemplum institoriae ist nicht im technischen Sinne verwendet, weil diese nicht auf das Präponieren im technischen Sinne verweist. Der in der formula erscheinende procurator praepositus weist auch darauf hin, dass das im Innenverhältnis zum Vorschein kommende Mandat an sich genommen die Klageerhebung nicht ermöglicht.<sup>118</sup>

Die bedeutende Abnahme der Rolle des praepositio objektiven Charakters hängt mit der Zunahme des Innenverhältnisses in Form des Mandats zusammen. Dadurch wird die Entwicklung der sogenannten „freien“ Vertretungsverhältnisse ermöglicht. Es soll aber betont werden, dass im Bereich der actio ad exemplum institoriae ausschliesslich die Übertragung der Verpflichtungen in adjektivischer Form ermöglicht wird.<sup>119</sup>

3. Die Zeichen des Verfalles der sozialen Lage des procurator machen sich schon am Ende des 3. Jahrhunderts u. Z. — in der Epoche Diocletians — bemerkbar. Darauf deutet ein rescriptum (C. 4. 25. 6.) hin.<sup>120</sup> Der Dritte, der mit einem Sklaven einen Vertrag abschliesst, hat das Recht „ad instar actionis institoriae“ eine Klage gegen den dominus zu erheben. Eine Voraussetzung dieser Klageerhebung ist, dass der Dritte auf den Willen des dominus, der den Sklaven zum Geschäftsabschluss ermächtigt, Rücksicht nimmt.<sup>121</sup> Wenn wir annehmen, dass der Dritte tatsächlich mit einem Sklaven den Vertrag abschliesst, gibt es keine Erklärung in dogmatischer Sicht für die Verpflichtung des dominus.<sup>122</sup> Der Widerspruch kann unserer Ansicht nach nur dadurch beseitigt werden, wenn wir voraussetzen, dass der in der Quelle erwähnte servus tatsächlich auf den procurator hinweist.<sup>123</sup> Die Gleichsetzung des procurator mit dem servus — wenn auch dies formell geschieht — ist als ein Zeichen des bedeutenden Verfalls in sozialer Hinsicht dieser Kategorie.

In der Epoche Diocletians — wie man darauf aus dem Rescript (C. 4. 25. 5.) schliessen kann<sup>124</sup> — ist aber der rapide Verfall der sozialen Lage des procurator noch nicht ganz eindeutig. Darauf scheint der Umstand zu verweisen, dass der aller Wahrscheinlichkeit nach procurator Demetrianos — der Dritte, der mit ihm den Vertrag abschliesst, kann gegen den dominus negotii eine actio ad exemplum institoriae erheben — enthält seine Ermächtigung zum Geschäftsabschluss durch das Mandat.<sup>125</sup> Es ist aber unseres Erachtens nicht auszuschliessen, dass der Verweis auf das Mandat eine Interpolation ist. Es kann aber auch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden, dass das Mandat inhaltlich ein iussum — das auf die praepositio hinweist — ist, also keinen technischen Sinn hat.<sup>126</sup> Eine entscheidende Veränderung in der Lage des procurator

erfolgt im Laufe des 4. Jahrhunderts. Darauf weist eine Konstitution des Kaisers Iulian, die das *Senatusconsultum Claudianum* in seiner Geltung bekräftigt, hin.<sup>127</sup> In dieser Konstitution steht der *procurator* ausdrücklich mit einem Sklaven gleich.<sup>128</sup> Derart wird der mehr als ein Jahrhundert dauernde Prozess der Abnahme der sozialen Lage des *procurator*<sup>129</sup> im Laufe des 4. Jahrhunderts beendet.<sup>130</sup>

### C.

#### *Schlussfolgerungen*

1. Die Veränderungen der sozialen Lage des *procurator* führt dazu, dass der Organgedanke wieder im Vordergrund steht. Die Erhaltung der *praepositio* oder der zu ihrem Ersatz dienenden Mittel ist wohl auch weiterhin notwendig, wird aber ihre Grundlage nicht durch die sg. freien Vertretungsverhältnisse gebildet. Der *procurator*, der einem Sklaven praktisch recht nahe steht und der durch ein Mandat, das sich auf den Abschluss eines Bereiches von Rechtsgeschäften bezieht, wird praktisch ein Bote.

Dieses Ergebnis wird durch die Aufhebung der sozialen Grundlage des Willens, der auf einen selbständigen Vertragsabschluss abzielt, herbeigeführt.

2. Die Lage des *libertinus-procurator omnium bonorum* ist mit der Lage eines Prokuristen — als Beispiel, das sich auf den Umfang der *praepositio* bezieht, aus dem Handelsrecht genommen —, die Lage des „quasi servus“ *procurator* mit der Stellung eines Handelsbevollmächtigten gleichzusetzen. Es gibt Parallelzüge zwischen den Verpflichtungen des *dominus negotii*, die auf Grund des Geschäftsabschlusses des *procurator* entstehen, und dem modernen Handelsrecht in der Beziehung, dass die Grundlage beider durch die hierarchischen (Anstellungs-) Verhältnisse gebildet wird. Einen Unterschied bedeutet aber der Umstand, dass die *actio institoria* des römischen Rechts, die ihren handelsrechtlichen Charakter immer mehr einbüsst — in Form der *actio ad exemplum institoriae* — die direkte Form der Stellvertretung (im Ergebnis), die durch Rechtsgeschäfte des *procurator*, der keine „handelsrechtliche“ Tätigkeit verrichtet, zur Geltung verhilft.

3. Die Konstruktion der direkten Stellvertretung — im Ergebnis und im Bereich der Verpflichtungen — wird durch die Entstehung der *Mandatsprocuratio* und deren immer grösseres Ausmass erreichende Ausdehnung gefördert. Das auf dem Mandat beruhende Verhältnis zwischen dem *dominus* und dem *procurator* enthält — wegen der Aufhebung der früher geltenden hierarchischen Beziehungen und der bedeutenden Zunahme der Arbeitsteilung — den Keim des Verfalles der sozialen Lage des *procurator* und dadurch der Aufhebung der nur relativ kurze Zeit geltenden sogenannten „freien“ Vertretungsverhältnisse.



## FUSSNOTEN

\* Die bibliographischen Angaben der in den Fussnoten zitierten Werke: *Albertario, E.*: L'actio quasi institoria, Studi Albertario IV. Milano, 1946., ders.: Istituti commerciali; del diritto romano, Atti dell'Istituto Nazionale delle Assicurazioni Bd. 6. Roma, 1934., *Angelini, P.*: Il "procurator", Milano, 1971., ders.: Osservazioni in tema di creazione delli "actio ad exemplum institoriae", BIDR 71(1968), *Ankum, H.*: Une nouvelle hypothèse sur l'origine de la règle alteri dari stipulari nemo potest, Études Macqueron, Aix-en Province, 1971., *Arangio-Ruiz, V.*: Il mandato in diritto romano, Napoli, 1949., *Balogh, E.*: Adaption of Law to economic conditions according to Roman Law, Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto, Verona, 1948. Bd. II. Milano, 1951., *Behrends, O.*: Die Prokuratur des klassischen römischen Zivilrechts, ZSS 88(1971), *Benöhr, H. P.*: Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige im klassischen römischen Recht, Berlin, 1972., *Bonfante, P.*: Istituzioni di diritto romano, Torino, 1966. (reprint), *Boulvert, G.*: Esclaves et affranchis imperiaux sous le Haut-Empire romain. Rôle politique et administratif, Napoli, 1970., ders.: „servi“ et „liberti“ du prince, Labeo 12(1966), *Brösz, R.*: Nem teljes jogu polgárok a római jogforrásokban, Budapest, 1964., *Buckland, W. W.*: The Roman Law of slavery, Cambridge, 1908. (reprint), 1970., *Burdese, A.*: "Actio ad exemplum institoriae" e categorie sociali, Studi Donatuti, Bd. I. Milano, 1973., ders.: Autorizzazione ad alienare in diritto romano, Torino, 1950., *Claus, A.*: Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht, Berlin, 1973., *De Martino, F.*: Ancora sull' "actio exercitoria", Labeo 4(1958), *Erdmann, W.*: Ein römischer Prokurator omnium bonorum in Judäa z. Zt. Christi? ZSS 64(1944), *Fabricius, P.*: Der gewaltfreie Institor im klassischen römischen Recht, Diss. Würzburg, 1926., *Hellmann, Fr.*: Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, München, 1882., *Huvelin, P.*: Études d'histoire du droit commercial Romain, Paris, 1929. (hrsg. H. Levy-Bruhl), Index Interpolationum quae in Justiniani digestis inesse dicuntur, Bd. I. Weimar, 1929., *Kaser, M.*: Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht. München. 1955., ders.: Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht. (2. neubearbeitete Aufl.) München, 1971., ders.: Stellvertretung und „notwendige Entgeltlichkeit“, ZSS 91(1974), ders.: Zum Wesen der römischen Stellvertretung, Romanitas XI. Bd. 9. 1970., *Kreller, H.*: Formula ad exemplum institoriae actionis, Festschrift Wenger, Bd. II. München, 1945., ders.: Das Rechtsinstitut der Stellvertretung, Juristische Blätter 70(1948), *Kühler, B.*: Griechische Tatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur V. ZSS 29(1908), *Lenel, O.*: Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung. (3. verb. Auflage) Leipzig, 1927., *Levy, E.*: Oströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, Weimar, 1956., *Michel, J. H.*: Quelques observations sur l'évolution du procurator en droit romain, Études Macqueron, Aix-en Province, 1971., *Mitteis, L.*: Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts, Wien, 1885., ders.: Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, Bd. I. Leipzig, 1908., ders.: *Wenger, L.*: Die Stellvertretung im Rechte der Papyri, Leipzig, 1906. (Rez.) ZSS 28(1907), *Mitteis, L.* — *Wilcken, U.*: Grundzüge und Chrestomathie der Papyrskunde, Bd. 2: Juristischer Teil, 1. Hälfte: Grundzüge von L. Mitteis, Leipzig — Berlin, 1912., *Nicholas, B.*: An introduction to Roman Law, Oxford, 1962., *Pugliese, G.*: In tema di "actio exercitoria", Labeo 3(1957), *Rabel, E.*: Ein Ruhmesblatt Papinians, Festschrift Zitelmann, München — Leipzig, 1913., *Riccobono, S.*: Cognitione extra ordinem, Nozione e caratteri del "ius novum", RIDA 1(1949), ders.: La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel diritto romano, Scritti Ferrini, Milano, 1946., ders.: Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in Diritto Romano, Annali del Sem. Giur. di Palermo, Bd. 14. Cortona, 1930., *Röhrmann, A.*: Die Stellvertretung im altgriechischen Recht, Diss. Würzburg, 1968., *Schlossmann, S.*: Die Lehre von der Stellvertretung. Zweiter Teil: Versuch einer wissenschaftlichen Grundlegung, Leipzig, 1902., *Schulz, Fr.*: Einführung in das Studium der Digesten, Tübingen, 1916., *Seiler, H.*: Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht, Köln — Graz, 1968., *Serrao, F.*: Il procuratore, Milano, 1947., *Solazzi, S.*: Le azioni del pupillo e contro il pupillo, BIDR 25(1912), ders.: L'età dell'actio exercitoria, Scritti Solazzi, Roma, 1938 — 1947., *Valiño, E.*: Las "actiones adiecticiae qualitatis" y sus relaciones basicas en derecho romano, AHDE 37(1967), ders.: Las relaciones basicas de las acciones adiecticias, AHDE 38(1968), *Watson, A.*: Contract of Mandate in Roman Law, Oxford, 1961., ders.:

The Law of obligations in the Later Roman Republic, Oxford, 1965., Wunner, S. E.: Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht. Köln — Graz, 1964.

<sup>1</sup> Vgl. Mitteis, Römisches Privatrecht S. 203 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Kreller, Das Rechtsinstitut S. 221 — 226.

<sup>3</sup> Vgl. Kreller, Das Rechtsinstitut S. 222.

<sup>4</sup> Die Möglichkeit des Besitzerwerbes durch den freien procurator wird vor der justinianischen Kodifikation in den Quellen PS 5.2.2., C.3.7.1. und C.7.32.8. anerkannt. Bezüglich des animus und corpus beim Besitzerwerb s. zusammenfassend: Benöhr, Der Besitzerwerb S. 47 f. Die justinianische Kodifikation erstreckt die Möglichkeit des Besitzerwerbes durch alle gewaltfreien Personen (s. z. B.: Iust. Inst. 2.9.5.S. zusammenfassend: Schulz, Einführung S. 73 ff.

<sup>5</sup> Darauf verweist der Satz im PS 5.22.: „...absente autem domino comparata (sc. possessio) non aliter ei, quam si rata sit queritur.“

<sup>6</sup> Vgl. D. 3. 5. 38. (Gaius) und D. 46. 3. 53. (Gaius)

<sup>7</sup> Ulpian empfiehlt als einen Ausweg die acceptilatio (D. 46. 4. 13. 10.) durch den procurator, weil dies sonst durch per extraneam personam nicht möglich ist (s. Gai. Inst. III. 169)

<sup>8</sup> So bei der traditio. Vgl. Mitteis, Römisches Privatrecht S. 211 f.

<sup>9</sup> Dieser letztere Tatbestand ist im Falle des procurator massgebend, der zur Vermögensverwaltung des dominus negotii berechtigt ist. Vgl. Gai. Inst. II. 64.

<sup>10</sup> Vgl. D. 41. 1. 9. 4. Daher stammt die gleiche Konzipierung der justinianischen Institutionen: Iust. Inst. II. 1. 42 — 43. Den Grund der Verfügungsberechtigung bedeutet demnach der Wille des dominus negotii, und nicht das hierarchische Verhältnis. Diese Lösung lässt sich auf die postklassische Entwicklung zurückführen. Vgl. dagegen: Burdese, Autorizzazione, S. 49.

<sup>11</sup> Es sei hier bemerkt, dass in den modernen Rechten die Verpflichtungen nur in dem Falle in der Person des Geschäftsherrn eintreten, wenn der Verfügungsberechtigte seine Vertretereigenschaft dem Dritten zum Ausdruck bringt. Vgl. Kreller, Das Rechtsinstitut S. 225.

<sup>12</sup> Bezüglich mehrerer Fallvarianten s.: D. 46. 3. 12. (Ulp.). Vgl. noch: Claus, Gewillkürte Stellvertretung S. 304 ff.

<sup>13</sup> Kaser, der die Verfügungsgeschäfte streng von der Vertretung unterscheidet, hat auf strenger dogmatischer Grundlage Recht. s. Kaser, RPR I (1) (2. Aufl.) S. 267.

<sup>14</sup> Kreller führt auf die „typische Interessenlage“ das notwendige Vorhandensein der dogmatischen Voraussetzungen im Bereich der Verpflichtungsgeschäfte. Vgl. Kreller, Das Rechtsinstitut S. 226.

<sup>15</sup> Es ist unseres Erachtens kein Zufall, dass die Tatsache der reichen Fallvariante der sg. Verfügungsgeschäfte, die durch einen procurator abgewickelt werden, Serrao dazu geführt hat, das Institut der Stellvertretung im römischen Recht umzudeuten. Vgl.: Serrao, Il procuratore S. 98 f.

<sup>16</sup> Siehe: D. 46. 4. 13. 10. (Ulpianus)

<sup>17</sup> Siehe den Tatbestand im D. 14. 1. 1. 18. (Ulpianus). Der praefectus annonae (in den Provinzen der praeses provinciae) gibt dem exercitor navis gegen den Dritten, der mit dem magister navis einen Vertrag abschliesst, eine Klage extra ordinem. Diese Ausnahme lässt sich auf das politische Motiv der reibungslosen Getreideversorgung Roms zurückführen. Vgl. Mitteis, Römisches Privatrecht S. 228 und Claus, Gewillkürte Stellvertretung S. 231 — 233.

<sup>18</sup> Den Grund der Benennung der hierher gehörigen Klagen bildet die Stelle D. 14. 1. 5. 1. (Paulus). In diesem Zusammenhang siehe zusammenfassend: Kaser RPR I(1) (2. Aufl.) S. 605. N. 1.

<sup>19</sup> Es gibt Anzeichen dafür, dass auf Grund der Rechtsgeschäfte des gewaltfreien magister und institor der dominus negotii dem Dritten gegenüber unmittelbar berechtigt wird. S.: bei der actio exercitoria: D. 14. 1. 1. 18. (Ulpianus), bei der actio institoria: D. 14. 3. 1. (Marcellus wird von Ulpianus zitiert), D. 14. 3. 2. (Gaius) und D. 46. 5. 5. (Paulus).

<sup>20</sup> Siehe: Wunner, Contractus S. 105 f. und Valiño, Las acciones S. 340 f.

<sup>21</sup> Mitteis ist der erste Romanist, der die adjektivischen Klagen vom Institut der Stellvertretung unterscheidet. Vgl. Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung S. 25 ff.



<sup>22</sup> Vgl. Riccobono, *Lineamenti* S. 394 und Albertario, *Istituti commerciali* S. 8.

<sup>23</sup> Vgl. Guarino, *Diritto* S. 423.

<sup>24</sup> Bezüglich der rechtlichen Widerspiegelung der in Entwicklung begriffenen Handelsbeziehungen siehe: Huvelin, *Études* S. 77 ff.

<sup>25</sup> Vgl. Michel, *Quelques observations* S. 523.

<sup>26</sup> Bezüglich dieser Frage siehe die Ansicht von Claus hinsichtlich der Quelle D. 14. 1. 9. (Ofilius-Ulpianus). Vgl. Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 76 f.

<sup>27</sup> Wir können dergestalt die Ansicht von Watson nicht teilen. Vgl. Watson, *The Law of obligations* S. 185.

<sup>28</sup> Siehe: D. 14. 1. 1. 5. (Iulianus – Ulpianus). Vgl. Balogh, *Adaptation* S. 306 und Huvelin, *Études* S. 167.

<sup>29</sup> Angesichts der weiteren Unterschiede zwischen der *actio exercitoria* und der *actio institoria* s.: Huvelin, *Études* S. 167.

<sup>30</sup> Siehe: D. 14. 1. 1. 18. (Ulpianus). Auf Grund dieser Stelle geben der *praefectus annonae* bzw. der *praeses provinciae* dem Unternehmer eine direkte Klage gegen den Dritten. Vgl. Mitteis, *Römisches Privatrecht* S. 228 und Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 231 ff.

<sup>31</sup> Siehe: D. 14. 3. 1. (Marcellus-Ulpianus), D. 14. 3. 2. (Gaius) und D. 46. 5. 5. (Paulus)

<sup>32</sup> Deswegen können wir uns der Ansicht von Wunner nicht anschließen, auf deren Grund die zwei adjektivischen Klagen sich vollkommen unabhängig voneinander entwickelt haben. Vgl. Wunner, *Contractus* S. 114.

<sup>33</sup> Der Satz im D. 14. 1. 1. 12. (Ulpianus) „...certam legem (sc. praepositio) dat contrahentibus“ bezieht sich auf die dritten Personen, die mit dem *magister* bzw. mit dem *institor* den Vertrag abschließen und die im Rahmen deren mit der Haftung des Unternehmers rechnen können.

<sup>34</sup> Bei der *actio exercitoria* beziehen sich darauf die Wendungen „*eius rei nomine, cuius ibi praepositus fuerit*“ (D. 14. 1. 1. 7. (Ulpianus)), „*ad usum eius rei, in quam praepositus est*“ (D. 14. 1. 1. 8. (Ulpianus)) und „*quid cum eo eius rei gratia cui praepositus fuit gestum erit*“ (Gai. Inst. IV. 71.). Nach Lenel wird der Unternehmer auf Grund der „*eius rei nomine, cui ibi praepositus fuerit*“ Rechtsgeschäfte haftbar gemacht. S.: Lenel, *EP* S. 257 f.

<sup>35</sup> Bezüglich der *praepositio institoria*, die nur im Bereich bestimmter Rechtsgeschäfte die in *solidum* Haftung des Unternehmers feststellt, siehe besonders: D. 14. 3. 5. 11. (Ulpianus) und Gai. Inst. IV. 71.

<sup>36</sup> In der *sedes materiae* gibt es keine einzige Quelle, die die Formalitäten der *praepositio* bestimmen würde.

<sup>37</sup> Auch das *iustum* bezieht sich auf die Drittpersonen.

<sup>38</sup> Eine derartige Interpretierung beherrscht die Literatur. Vgl. De Martino, *Ancora sull' „actio exercitoria“* S. 277., Pugliese, *In tema di „actio exercitoria“* S. 311 und Valiño, *Las acciones* S. 357.

<sup>39</sup> Vgl. Pugliese, *In tema di „actio exercitoria“* S. 310.

<sup>40</sup> Vgl. Hellmann, *Die Stellvertretung* S. 111.

<sup>41</sup> Siehe: D. 12. 1. 29. pr. (Iulianus-Paulus). Bezüglich der Interpretierung dieser Stelle siehe: Valiño, *Las relaciones basicas* S. 422. und ders., *Las acciones* S. 428 f.

<sup>42</sup> Vgl. Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 71.

<sup>43</sup> Rabel schreibt angesichts der *praepositio* des *institor* von einer „begrenzten offenen Vollmacht“. S. Rabel, *Ein Ruhmesblatt* S. 9.

<sup>44</sup> Vgl. Wunner, *Contractus* S. 114.

<sup>45</sup> Der Text ist aller Wahrscheinlichkeit nach stark interpoliert. Siehe: *Index Interpolationum*. Angesichts der Interpolationen in der Quelle und der Interpretation des Textes siehe: Pringsheim, F.: Beryt und Bologna (Festschrift Lenel – Gesammelte Abhandlungen Bd. I. Heidelberg, 1961. S. 406 f., Pugliese, *In tema di „actio exercitoria“* S. 317. f., De Martino, *Ancora sull' „actio exercitoria“* S. 283 ff., Valiño, *Las relaciones basicas* S. 420 f., Watson, *The Law of obligations* S. 190 f. und Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 76 f.

<sup>46</sup> Bezüglich der Interpretierung des Textes siehe: Pugliese, *In tema di „actio exercitoria“* S. 317 ff., De Martino, *Ancora sull' „actio exercitoria“* S. 317. ff., Valiño, *Las relaciones basicas* S. 421. und Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 255 ff.

- <sup>47</sup> Siehe ausführlicher: Wunner, *Contractus* S. 114 ff.
- <sup>48</sup> Vgl. Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 83. f.
- <sup>49</sup> Bezüglich der Interpretierung der Stelle siehe: Riccobono, *Cognitio extra ordinem* S. 288. f. und Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 280. f.
- <sup>50</sup> Valiño nennt als „*acciones mercantiles*“ die *actio exercitoria* und die *actio institoria*. Siehe: Valiño, *Las acciones* S. 339.
- <sup>51</sup> Dessen Synonyme sind: *procurator omnium bonorum* (z. B. D. 20. 6. 7. 1. Gaius), *procurator rerum suarum* (z. B. D. 12. 6. 6. pr. Paulus) und *procurator totorum bonorum* (z. B. D. 3. 3. 63. Modestinus).
- <sup>52</sup> Es sei hier bemerkt, dass Behrends unter dem Begriff *procurator omnium rerum* einen derartigen *procurator* versteht, der dem *dominus* sozial gleichsteht. Unter dem Begriff *procurator* versteht er hingegen den *Mandatsprocurator*. Vgl. Behrends, *Die Prokurator* S. 215 ff.
- <sup>53</sup> Deswegen war notwendig, dass neben dem „*amicus*“-*procurator* Fall zu Fall auch ein *libertinus-procurator* auftrete.
- <sup>54</sup> Levy nennt den *procurator omnium bonorum* als „Generalagent“. Vgl. Levy, *Weströmisches Vulgarrecht* S. 60.
- <sup>55</sup> Diese Ansicht vertritt Kaser, der die Typen von Behrends kritisiert. Vgl. Kaser, *Stellvertretung* S. 190. N. 160.
- <sup>56</sup> Bezüglich der rechtlichen Stellung der *libertini* siehe zusammenfassend: Brósz, *Nem teljes jogu polgárok* S. 48–120.
- <sup>57</sup> Vgl. Kaser, *RPR I(1)* (2. Aufl.) S. 265.
- <sup>58</sup> In diesem ist der *procurator* ein indirekter Vertreter. Siehe: Kaser, *RPR I(1)* (2. Aufl.) S. 265.
- <sup>59</sup> Vgl. Behrends, *Die Prokurator* S. 293. N. 324.
- <sup>60</sup> In diesem Sinne siehe: Bonfante, *Istituzioni* S. 365.
- <sup>61</sup> Vgl. Arangio-Ruiz, *Il mandato* S. 8 ff., Kaser, *RPR I(1)* (2. Aufl.) S. 265. und 587.
- <sup>62</sup> Siehe: D. 17. 1. 50. pr. (Celsus); D. 27. 3. 3. (Pomponius) und D. 34. 3. 8. 6. (Pomponius). Die von Cicero stammenden Quellen, die in der Literatur zitiert werden, sind unseres Erachtens nicht überzeugend (Cic. top. 10. 42.; 17. 66.). Vgl. dagegen: Arangio-Ruiz, *Il mandato* S. 19 f. Vgl. noch zusammenfassend: Seiler, *Der Tatbestand* S. 107. und Angelini, *Il „procurator“* S. 96. N. 55.
- <sup>63</sup> Die Ansicht von Angelini, auf Grund deren die *actio negotiorum gestorum* nicht die allein mögliche Klageerhebung im Verhältnis vom *dominus* und vom *procurator* bedeutete. Vgl. Angelini, *Il „procurator“* S. 96 f. Dagegen siehe zusammenfassend: Kaser, *RPR I(1)* (2. Aufl.) S. 266. und 587. und Seiler, *Der Tatbestand* S. 106 f.
- <sup>64</sup> Siehe: D. 17. 1. 31. (Iulianus); D. 15. 3. 17. pr. (Africanus); D. 21. 1. 51. 1. (Africanus); D. 17. 1. 34. pr. (Africanus).
- <sup>65</sup> Nach Ansicht von Kaser ist das Mandat im Verhältnis unter dem *dominus* und dem *procurator* schon vor Iulian in Geltung. Vgl. Kaser, *RPR I(1)* (2. Aufl.) S. 587.
- <sup>66</sup> So z. B. Kaser, der das Mandat an den freigeboenen *procurator*, der allem Anschein nach dem *dominus* gleichsteht, anknüpft. Siehe: Kaser, *RPR I(1)* (2. Aufl.) S. 587. Diese Vermutung trifft unseres Erachtens höchstens auf den *procurator in litem*, der eine defensor-Funktion besteht, zu. Siehe: Gai. Inst. IV. 84. Vgl. Kaser, *Stellvertretung* S. 191.
- <sup>67</sup> Nach Iulian wird in keiner einzigen Quelle die *actio negotiorum gestio* erwähnt, die gegen den *procurator* zu erheben wäre. Vgl. Seiler, *Der Tatbestand* S. 109.
- <sup>68</sup> Der *libertinus-procurator* wird aller Wahrscheinlichkeit nach schon von Augustus bei der Verwaltung des kaiserlichen Privatvermögens angestellt. Vgl. Weaver, *Freedmen Procurators in the Imperial Administration*. *Historia* 14(1965) S. 460 ff. zitiert von: Angelini, *Il „procurator“* S. 78.
- <sup>69</sup> Vgl. Boulvert, „*servi*“ et „*liberti*“ du prince S. 94 ff. Es kommt dabei natürlich eine wichtige Rolle auch dem *procuratores-equitibus* zu. Vgl. noch: Angelini, *Il „procurator“* S. 78 f.
- <sup>70</sup> Vgl. zusammenfassend: Angelini, *Il „procurator“* S. 79.
- <sup>71</sup> Bezüglich der Stellung der *libertini* in der Kaiserzeit siehe: Brósz, *Nem teljes jogu polgárok* S. 67 ff.



<sup>72</sup> Siehe: Brósz, *Nem teljes jogu polgárok* S. 67 ff.

<sup>73</sup> In diese Richtung wirkt auch der Umstand, dass ab Traian — obwohl dies lässt sich schon bei Domitian beobachten — die *libertini-procuratores* von den *equestres-procuratores* abgelöst werden. Vgl. Boulvert, *Esclaves et affranchis imperiaux* S. 270 ff.

<sup>74</sup> Vgl. Michel, *Quelques observations* S. 523.

<sup>75</sup> D. 3. 3. 1. pr. (Ulpianus). Bezüglich dieser Quelle siehe aus der reichen Literatur zusammenfassend: Angelini, II „procurator“ S. 50. f. und 193 ff.

<sup>76</sup> Der defensor bezieht sich unseres Erachtens vielmehr auf einen *procurator*, der mit dem *dominus* auf derselben sozialen Stufe steht.

<sup>77</sup> Gai. Inst. III. 155.

<sup>78</sup> Aus der neueren Literatur siehe: Angelini, II „procurator“ S. 103 ff., Arangio-Ruiz, II *mandato* S. 67 ff. und Watson, *Contract of Mandate* S. 37 ff.

<sup>79</sup> Deswegen stehen dem *procurator* das Klagerecht, das Annahmerecht der Leistung das sonst stark begrenzte Veräußerungs- und Verpfändungsrecht zu. Dazu gesellt sich im spätklassischen Recht das Recht der *novatio*. Vgl. zusammenfassend: Angelini, II „procurator“ S. 123 ff. und Watson, *The Law of obligations* S. 203 ff.

<sup>80</sup> Siehe: D. 3. 3. 63. (Modestinus). Bezüglich dieser Stelle siehe zusammenfassend: Angelini, II „procurator“ S. 19 f. und 123 f., Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 314. Kaser, *RPR I(1)* (2. Aufl.) S. 266. N. 47. und Watson, *Contract of Mandate* S. 50. N. 1.

<sup>81</sup> Die Analyse der Quelle findet sich bei Angelini, II „procurator“ S. 97 f. und 144 f., Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 311 f. und Kübler, *Griechische Tatbestände* S. 216 f.

<sup>82</sup> Heute ist schon herrschende Meinung geworden, dass diese Quelle sich auf diejenigen Personen bezieht, die in der östlichen Hälfte des Reiches wohnen und über das römische Bürgerrecht verfügen. Vgl. Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 311. und Röhrmann, *Stellvertretung* S. 111 f. Siehe dagegen die entgegengesetzte Meinung: Erdmann, *Ein römischer Prokurator* S. 373. N. 10.

<sup>83</sup> Angelini misst dieser Wendung keine besondere Rolle bei. Siehe: Angelini, II „procurator“ S. 20. f. Claus übersetzt dagegen das „mandare“ mit „anvertrauen“. Siehe: Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 314. Vgl. noch: Kaser, *Stellvertretung* S. 188. N. 154.

<sup>84</sup> In der Literatur ist die Bedeutung des „*administrationem committere*“ umstritten. Frese (*Studi Riccobono* Bd. IV. S. 402.) und Albertario (*Scritti* III. S. 518) interpretieren diesen Begriff als „Ermächtigung“. Angelini hingegen betrachtet diese Wendung bloss als ein Mandat. Siehe: Angelini, II „procurator“ S. 97 f. Einen Mittelweg nimmt Burdese ein. Siehe: Burdese, *Autorizzazione* S. 38 f.

<sup>85</sup> Das „mandasse“ wird von Claus mit „Anstellung“ übersetzt. Siehe: Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 311.

<sup>86</sup> Vgl. Kübler, *Griechische Tatbestände* S. 218 f., Mitteis, *Römisches Privatrecht* S. 230. N. 89., Mitteis — Wilcken, *Grundzüge II* (1) S. 261. N. 3. und S. 263. N. 2.

<sup>87</sup> Siehe: D. 17. 1. 6. 6. (Iulianus-Ulpianus). In der Literatur wurde bisher das Verhältnis zwischen dem *iussus* („... si dominus iusserit procuratorem suam certam pecuniam sumere...“) und dem Mandat beachtet. Vgl. Angelini, II „procurator“ S. 91 ff., Arangio-Ruiz, II *mandato* S. 76. N. 3., Serrao, II *procurator* S. 127 f. und Watson, *Contract of Mandate* S. 46 f.

<sup>88</sup> Die Quelle, in der der *institor* zeitlich zum ersten Mal erwähnt wird, findet sich bei Livius. (*Liv. Ab urbe cond. libri* 22.25.19. und 26. 16. 8.) Zusammenfassend siehe: Fabricius, *Der gewaltfreie Institor* S. 26 ff. und Rabel, *Ruhmesblatt* S. 6 ff.

<sup>89</sup> Siehe: Liv. 22. 25. 19.

<sup>90</sup> Zusammenfassend siehe: Fabricius, *Der gewaltfreie Institor* S. 26 f.

<sup>91</sup> Wir sind der Meinung, dass die Verwendung der rechtlichen Lage des *vilicus* und des *dispensator* — die regelmässig tatsächlich Sklaven sind — als Analogie, nicht zweckmässig ist. Vgl. Fabricius, *Der gewaltfreie Institor* S. 26 f.

<sup>92</sup> Vgl. Fabricius, *Der gewaltfreie Institor* S. 29 f. Daraus ergibt sich seiner Ansicht nach, dass die *actio institoria* nur später in Form einer *actio utilis* auf diejenigen Geschäfte, die durch den gewaltfreien *Institor* abgeschlossen sind, ausgedehnt. Siehe: Fabricius, *Der gewaltfreie Institor* S. 17 f. und S. 31 f. Diese Theorie wird von Wunnen kritisiert. Vgl. Wunnen, *Contractus* S. 110 — 112.

<sup>93</sup> Vgl. D. 14. 3. 11. 8. (Ulpianus); D. 14. 3. 12. (Iulianus); D. 14. 3. 17. 1. (Paulus); D. 14. 3. 19. 1. (Papinianus); D. 14. 3. 20. (Scaevola); D. 26. 7. 37. 1. (Papinianus); D. 26. 7. 37. 58. pr. (Scaevola).

<sup>94</sup> Vgl. D. 14. 3. 1. (Ulpianus)

<sup>95</sup> Vgl. D. 14. 3. 12. (Iulianus). Siehe dagegen: Fabricius, *Der gewaltfreie Institor* S. 27.

<sup>96</sup> Rabel schreibt — die Stellung des institor analysierend — über die sog. „soziale Minderachtung“. Siehe: Rabel, *Ruhmesblatt* S. 7.

<sup>97</sup> Vgl. Rabel, *Ruhmesblatt* S. 7 ff.

<sup>98</sup> Aus einer Ulpianstelle kann auf die soziale Stellung des institor gefolgert werden. Siehe: D. 14. 3. 5. 1. Vgl. noch: Angelini, *Osservazioni* S. 234 f.

<sup>99</sup> Rabel selbst zweifelt nicht daran, dass der institor in der Kaiserzeit „ministeria servilia“ zu verrichten hat. Vgl. Rabel, *Ruhmesblatt* S. 8.

<sup>100</sup> Die Vermutung, dass der procurator und der institor gleichermaßen Kategorien des Alltagslebens sind, ist unbegründet. Es scheint, als wenn Rabel die Ansicht vertreten würde, dass der procurator und der institor nicht rechtliche Kategorien, sondern vielmehr (dies ist die Theorie von Schlossmann) soziale-ökonomische Kategorien seien. Siehe: Rabel, *Ruhmesblatt* S. 8.

<sup>101</sup> Vgl. Rabel, *Ruhmesblatt* S. 7.

<sup>102</sup> In diesem Sinne siehe: Angelini, *Osservazioni* S. 232. und Burdese, „*Actio ad exemplum institoriae*“ S. 200 f.

<sup>103</sup> Die actio quasi institoria stammt nach der herrschenden Meinung von den Kompilatoren. Dieser Terminus Technicus in D. 14. 3. 5. 8. (Ulpianus) ist eine Interpolation. Siehe zusammenfassend, Angelini, *Osservazioni* S. 235. N. 23. Die quasi institoria actio in D. 17. 1. 10. 5. (Ulpianus-Papinianus) wird von Angelini mit der „quasi praepositio“ in Zusammenhang gestellt. Siehe: Angelini, *Osservazioni* S. 239. Burdese revidierte auf Grund dieser Quelle seine Ansicht, die die actio quasi institoria als eine Interpolation betrachtete. Siehe: Burdese, „*Actio ad exemplum institoriae*“ S. 202. und 209.

<sup>104</sup> Besonders Albertario und Bonfante vertreten die Ansicht, dass die actio ad exemplum institoriae eine Schöpfung der byzantinischen Rechtswissenschaft sei. Siehe: Albertario, *L'actio quasi institoria* S. 189 ff. und Bonfante, *Istituzioni* S. 176 f. Siehe zusammenfassend: Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 262. N. 194.

<sup>105</sup> Siehe: D. 14. 3. 19. pr. (Papinianus); D. 3. 5. 30. pr. (Papinianus)

<sup>106</sup> Siehe: D. 17. 1. 10. 5. (Ulpianus-Papinianus); D. 19. 1. 13. 25. (Ulpianus-Papinianus)

<sup>107</sup> Die Stelle D. 14. 3. 10. (Paulus) bildet in diesem Sinne eine Ausnahme. Die Quelle D. 14. 3. 5. 8. (Ulpianus) — wie darauf schon in Note Nr. 103. hingewiesen wurde — ist interpoliert und deswegen belanglos. Die Stelle D. 14. 3. 5. 10. (Ulpianus), in der der Begriff „quasi institor“ zum Vorschein kommt, ist bezüglich der Entstehungszeit der actio ad exemplum institoriae nicht massgebend. Wir sind der Meinung, dass sich aus der Position eines „quasi institor“ bloss die Möglichkeit der Erhebung einer actio institoria ergibt. Diese Quelle gehört deswegen nicht zur sedes materiae der fraglichen Klage. Siehe dagegen Kaser, *RPR* I(2) (2. Aufl.) S. 608. N. 29.

<sup>108</sup> Siehe zusammenfassend: Valiño, *Las acciones* S. 387.

<sup>109</sup> Vgl. Rabel, *Ruhmesblatt* S. 13 ff.

<sup>110</sup> Vgl. Kreller, *Formula* S. 75 ff.

<sup>111</sup> Claus schreibt diesbezüglich vom „Gedanken des Vertrauensschutzes des Gläubigers nach seinem Erkennungsvermögen“. Siehe: Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 268.

<sup>112</sup> Siehe die schon auch in diesem Zusammenhang eine Analyse unterzogene Modestinus — stelle (D. 3. 3. 1. pr) und Scaevola — stelle (D. 17. 1. 60. 4.)

<sup>113</sup> In D. 3. 5. 30. pr. (Papinianus) weist ausdrücklich die Wendung „... cuius (dies bezieht sich auf das Mandat) litteras creditor secutus contraxit ...“ Claus ist der Meinung, dass in D. 17. 1. 10. 5. (Ulpianus-Papinianus) und in D. 19. 1. 13. 25. (Ulpianus-Papinianus) vom Mandat auch eine Urkunde ausgestellt wird. Siehe: Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 266.

<sup>114</sup> Vgl. Burdese, „*Actio ad exemplum institoriae*“ S. 200 f.

<sup>115</sup> Kreller kommt auf Grund der Rekonstruktion der Papinian — stelle (D. 14. 3. 19. pr.) zu dieser Schlussfolgerung. Siehe: Kreller, *Formula* S. 97 f.



<sup>116</sup> Vgl. Kreller, *Formula* S. 97 ff. Vgl. noch: Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 265 f.

<sup>117</sup> Nach Burdese die Rekonstruktion der *intentio* der *condictio ad exemplum institoriae* lautet folgendermaßen: „Si paret Lucium Titium procuratorem, qui a N.º N.º pecuniae mutuae accipiendae (oder pecuniis mutuis accipiendis) praepositus est (oder erat) eius rei nomine A.º A.º HS X milia dare oportere.“<sup>2</sup> Vgl. Burdese, „Actio ad exemplum institoriae“ S. 210. N. 54. Bei dieser Rekonstruktion wird anscheinend die Rekonstruktion von Lenel weiterentwickelt. Vgl. Lenel, *EP* S. 264. und Kreller, *Formula* S. 97.

<sup>118</sup> Dieses Ergebnis wird von Burdese in seinem früheren Artikel, der sich mit der *actio ad exemplum institoriae* befasst, herbeigeführt. Siehe: Burdese, A.: *Actio ad exemplum institoriae*, *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino* 84(1949/50) S. 21 ff.

<sup>119</sup> Die Wendung in D. 19.1. 13. 25. (Ulpianus-Papinianus) „... ergo et per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere“, die sich auf die Übertragung eines Rechtes bezieht (in Form einer Klageerhebung), ist eindeutig interpoliert. Aus der reichen Literatur siehe zusammenfassend: Angelini, *Osservazioni* S. 240 f., Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 262., Mitteis, *Römisches Privatrecht* S. 228. und Rabel, *Ruhmesblatt* S. 20. Riccobono vertritt die Ansicht, dass es möglich ist, dass dem dominus das Klagerecht schon in der klassischen Periode zusteht. Vgl. Riccobono, *La giurisprudenza* S. 42.

<sup>120</sup> Bezüglich der Interpretierung dieser Stelle in der neueren Literatur siehe: Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 330. und Longo, *Actio exercitoria* S. 623 f.

<sup>121</sup> Darauf verweist der Teil „Qui secutus domini voluntatem cum servo ipse habuit contractum“ der Stelle.

<sup>122</sup> Die Argumentation von Claus bezüglich der *utilitas* scheint nicht überzeugend zu sein. Siehe: Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 330.

<sup>123</sup> Wenn der Begriff *servus* mit dem Begriff *institor* gleichbedeutend wäre, wäre die „ad instar institoriae actionis“ nicht notwendig.

<sup>124</sup> Bezüglich der Interpretierung dieses Rescripts in der neueren Literatur siehe: Claus, *Gewillkürte Stellvertretung* S. 329. und Longo, *Actio exercitoria* S. 624 f.

<sup>125</sup> Darauf verweist die Wendung „mandavit“ im einleitenden Teil der Stelle. („Si mutuum pecuniam accipere a te Demetrio Domitiano mandavit...“)

<sup>126</sup> Diese Interpretierung wird damit begründet, dass das Mandat im technischen Sinne dem Interessenschutz des Dritten nicht Rechnung trägt. Deswegen ist eine *cautio rati habitationis* — darauf verweist eine relativ frühe Constitution von Antoninus Pius (C. 2. 12. 1.) — unentbehrlich. Vgl. Michel, *Quelques observations* S. 523. N. 29.

<sup>127</sup> Siehe: C. Th. 4. 12. 5. (J. 362 u. Z.)

<sup>128</sup> Die Stelle verweist („... libera mulier sive procuratori... sive alii cuilibet servili conditione polluto fuerit societata...“) auf die Lage des procurator, die der eines Sklaven nahe steht. Vgl. Michel, *Quelques observations* S. 521.

<sup>129</sup> Die Zeichen der Abnahme der sozialen Lage des procurator zeigen sich schon früher. Vgl. D. 17. 1. 6. 6. (Iulianus-Ulpianus), welche Quelle bezüglich der Wendung „domini iusserit procuratorem“, in Note Nr. 87. analysiert wurde.

<sup>130</sup> Diesbezüglich siehe zusammenfassend: Levy, *Weströmisches Vulgarrecht* S. 61 ff.

## TO THE QUESTION OF THE AGENCY IN CLASSICAL ROMAN LAW

by

Associate professor DR. GÁBOR HAMZA

### SUMMARY

The paper analyzes first of all the various case-types of the agency from point of view of their legal effects. On the basis of the analysis of these case-types the author comes to the conclusion that the theory of the conceptual exclusion of the direct form of the agency

cannot be accepted. This construction is adopted even in the field of the formal contracts as witnessed by the *acceptilatio* through the procurator. The direct form of the agency is excluded by the contracts where there is an obligation of the *dominus negotii*. But even within these acts plays a role the idea of the representation of interests of the person represented by his agent.

In the following part of the study are the origin of the *actio exercitoria* as well as of *actio institoria* and their connection to the construction of the agency analyzed. The author deals with the question of the legal characteristics of the *praepositio* and its connection to the power. The author is of the opinion that concerning the *praepositio* in the field of the *actiones adiecticiae qualitatis* the construction of the agency plays no role. Through the concretisation of the will appearing in the *praepositio* — this comes through the *praepositio procuratoris* into existence — can be founded the possibility of the representation in the will itself. The paper analyzes afterwards the problem of the development of the *procuratio* and its influence on the agency.

In the following part are analyzed the social and legal backgrounds of the acceptance of the direct form of the agency in the Classical Law. The unfavourable change of the social status of the procurator leads to the triumph of the so called *Organgedanke* which itself postulates the connection of hierarchic character. Caused by the descending social status of the procurator in a practical sense disappears the social background of the agency. The connection between *dominus* and procurator based upon the mandate has itself the germ of the disappearing of the so called free agency-relations owing to the vanishing connections of fiducial character.

## К ВОПРОСУ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА ПО ВОЛЕ ПРЕДСТАВЛЯЕМОГО В КЛАССИЧЕСКОМ РИМСКОМ ПРАВЕ

Д-р ГАБОР ХАМЗА  
старший преподаватель

(Резюме)

В статье автор сперва анализирует разные случаи-типы представительства с точки зрения их правовых действий. На основе анализа разных случаев-типов он приходит к выводу, что они не утверждают принципиального исключения непосредственной формы представительства. Непосредственная форма представительства исключается при таких сделках, где появляется обязательство *dominus negotii*. Даже в рамках этих сделок имеет значение идея представительства интересов представляемого.

В следующей части статьи анализируются возникновение *actio exercitoria* et *actio institoria* и их связь с конструкцией представительства. В следующем исследуются юридическое содержание *praepositio* и ее связь с доверенностью. По автору в рамках *praepositio* в области *actiones adiecticiae qualitatis* конструкция представительства не играет никакой роли. Через конкретизацию воли, появляющейся в *praepositio* — эта осуществляется посредством *praepositio procuratoris* (вместо *institor* или *magister*) — устанавливается возможность представительства, в воле. В следующей части автор занимается развитием *procuratio* и ее влиянием на представительство.

В последней части статьи анализируются общественные и правовые основы признания непосредственной формы представительства в классическом праве. Неблагоприятное изменение общественного положение *procurator* приводит к торжеству так называемой органической идеи, которая уже сама по себе предполагает связь иерархического характера. Из-за понижающегося общественного положения *procurator* практически прекращается общественный базис представительства. Отношение между *dominus* et *procurator*, базирующееся на поручении, имеет уже по себе зачаток прекращения так называемых свободных представительных отношений — ввиду изживания отношения фидуциарного характера.